

Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho. Una reflexión breve

Por MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO
Universidad de Cádiz

1. PRESENTACIÓN

La posible innovación del ordenamiento por parte de los jueces es uno de los problemas más complejos con los que se enfrenta la teoría jurídica. Las páginas que siguen no pretenden responder a esta cuestión ardua que ha hecho brotar un número muy considerable de reflexiones, sino tan sólo esbozar una visión del asunto a partir de algunas consideraciones de Ronald Dworkin. Aunque la obra de Dworkin presenta una complejidad considerable debido a un escaso afán de sistema y al carácter recopilatorio de algunos de sus libros, a lo largo de su vida este iusfilósofo americano ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre él, y su posición ha sido aparentemente clara. No obstante, un acercamiento detenido a sus escritos deja traslucir cierta ambigüedad presente en sus tesis que confiere especial interés a este tema.

2. LAS POSTURAS CONTRARIAS

Dworkin se preocupa en primer lugar por exponer qué explicaciones de la labor judicial rechaza. Uno de sus enemigos intelectuales es el Positivismo jurídico, y eso también resulta patente en este problema. Es preciso recordar que bajo la etiqueta del Positivismo podemos englobar formas un tanto diferentes de concebir la realidad jurídica, de

tal manera que no resulta posible intentar ofrecer ahora una definición. A modo introductorio, Dworkin nos indica que para el Positivismo sólo existe Derecho en virtud de una decisión o acto humano, bien sea un mandato expreso o un acto pasivo de aceptación ¹.

Una de las versiones positivistas criticadas es la que denomina *plain-fact view*, que se asemeja considerablemente al denominado positivismo «legalista». Según la teoría del *plain-fact*, el Derecho se identifica con una serie de decisiones tomadas por las instituciones jurídicas -legislatura y tribunales. En consecuencia, las cuestiones jurídicas deben ser resueltas mediante la lectura de los documentos en los que figuran tales decisiones, y su posterior aplicación. Si existe una laguna en ese material, el juez está legitimado para actuar discrecionalmente y crear Derecho nuevo ². Esta explicación va referida al positivismo legalista desarrollado en el mundo anglosajón. Recordemos que John Austin entendía que el Derecho no era sino un conjunto de mandatos procedentes del soberano que el juez debe aplicar ³. Sin embargo, a veces la ley era insuficiente y en tales casos, el juez debía decidir como si fuera el legislador. La juridicidad de dicha decisión provenía de una delegación del poder soberano ⁴. Es una línea parecida a la adoptada por H. L. A. Hart, cuando se refiere a la «textura abierta» del Derecho y a sus «zonas de penumbra», aunque existen sensibles diferencias entre ambos autores ⁵.

Esta identificación del Derecho con un material fijado históricamente que debe ser aplicado inexorablemente resulta especialmente antipática para Dworkin. Pertenece a las que llama «teorías semánticas del Derecho», caracterizadas por suponer que abogados y jueces usan los mismos criterios (expresos o no) para decidir cuándo una proposición jurídica es verdadera. Las más influyentes, indica este autor, defienden que dichos criterios se basan en hechos históricos específicos, como la «regla de reconocimiento» postulada por Hart ⁶. Por supuesto, para estos positivistas si no hay un criterio claro, no hay Derecho ⁷. En realidad ésta es, nos explica, la «teoría más popular»

¹ Cfr. DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass./London, Harvard University Press, p. 131.

² Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart, 1998, pp. 7-9.

³ Cfr. sus *Lectures on Jurisprudence*, London, John Murray, 1911, vol. I. *lect.* I, pp. 88 ss.

⁴ Cfr. *Lectures...*, *op. cit.*, vol. II, *lect.* XXXVII, pp. 532 y 621 ss. Cfr. también la p. 629 de esa obra.

⁵ *Vid. El concepto de derecho*, Trad. de G. CARRIÓ. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 155 ss. *Vid.* también «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review* 71 (1958), pp. 593-629. Como es bien sabido la obra de Hart ha sido uno de los principales objetos de la crítica dworkiniana. *Vid.*, por ejemplo, su *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, en *Filosofía del Derecho*, trad. de J. SAINZ, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 85 ss. Sobre las insuficiencias de la forma positivista de entender el Derecho, *vid.*, CARPINTERO, F., «Dos horas de teoría del derecho», *Persona y Derecho* 32 (1995), pp. 63 ss. Y específicamente sobre la figura de Hart, *vid.* la monografía de ORREGO, C., *H. L. A. Hart, Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1997, 457 pp.

⁶ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁷ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 37.

sobre el juicio: los jueces sólo aplican el Derecho que otros crean, salvo en casos excepcionales en los que las normas son oscuras, momento en el cual el juez adopta la posición del legislador⁸.

El iusnaturalismo también es, a juicio de Dworkin, una teoría «semántica», ya que se basa en la existencia de unos criterios morales que sirven para enjuiciar la veracidad de las proposiciones jurídicas⁹.

La clave que distingue a estas explicaciones es que presentan al Derecho como un material que viene ya dado al jurista. Sería un conjunto de reglas, normas o preceptos que proporcionan las respuestas precisas y marcan inequívocamente los cauces de la actuación del jurista¹⁰. Y Dworkin no está de acuerdo con esa visión de la realidad jurídica.

Hay otro tipo de teorías a las que aplica la etiqueta de «interpretativistas». Entre ellas está es el convencionalismo, muy parecida a la *plain-fact view*. Para sus defensores, una decisión jurídica sólo está justificada cuando una decisión política pasada lo permite expresamente. Ocurre que esas decisiones, normalmente plasmadas en leyes, suelen ser incompletas, y no ofrecen respuestas para todos los casos. En ese supuesto, el campo queda abierto para la discreción judicial mediante la cual el juez actúa como un legislador¹¹.

Otra variante «interpretativista» es la constituida por el Pragmatismo. Según sus integrantes, no existen derechos establecidos en decisiones previas; sólo aparecen tras una decisión judicial de acuerdo con factores diversos atinentes a la política pública. Una de las versiones más conocidas de esta actitud es la constituida por el «Realismo jurídico americano». Dworkin indica que se trata de una «exageración innecesaria» y que se halla «pasado de moda», porque las proposiciones jurídicas son algo más que predicciones o expresiones de deseo¹². Es cierto que los realistas, siguiendo el ejemplo de O. W. Holmes¹³,

⁸ Cfr. *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 82.

⁹ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰ Es preciso aclarar que esta descripción es adecuada, en líneas generales, para el positivismo, pero no para todas las variantes del iusnaturalismo, tan sólo para el típico de la Modernidad. Como ha señalado A. Kaufmann, tanto el positivismo como el iusnaturalismo moderno afirman que existe un baremo inmutable para decidir sobre la adecuación de las instituciones concretas. Cfr. «Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik», en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen)*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl HEYMANS, 1984, pp. 81 ss. Un estudio sobre el iusnaturalismo anterior a la Modernidad, que no concebía al Derecho natural como un orden de justicia eterno e inmutable es el de CARPINTERO, F., «Nuestros prejuicios sobre el llamado derecho natural», *Persona y Derecho* 27 (1992), pp. 21-200. Por otra parte, Dworkin reconoce que hay formas diferentes de entender el Derecho natural, pero no profundiza mucho más. En las últimas páginas de *Law's Empire* parece defender un Derecho natural como ideal del Derecho efectivamente existente. De todas formas, las relaciones entre la teoría de Dworkin y el iusnaturalismo son algo complejas para tratarlas ahora.

¹¹ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 114-115 y 119. Según Dworkin, la peculiaridad del interpretativismo frente a las teorías semánticas es que el primero admite que pueda haber varias teorías que intenten explicar el Derecho y, aunque una sea la correcta, las demás no tienen por qué ser absurdas. En cambio, las tesis semánticas como el positivismo, piensan que cualquier otra explicación carece de sentido. Cfr. *Law's...*, *cit.*, p. 116.

¹² Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 152-153.

¹³ Cfr. «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, X (1987), pp. 458 ss. y 461.

negaron que el Derecho estuviera fijado en un conjunto de proposiciones previas a la decisión judicial. La complejidad y variabilidad de los asuntos humanos imposibilitaban la predeterminación de los criterios decisorios, que sólo surgían después del estudio judicial del caso particular y los intereses que en él estuvieran presentes ¹⁴. En ese sentido, algunos de los integrantes de esta tendencia entendieron que la tarea de la ciencia jurídica era la predicción de las decisiones judiciales, misión no siempre fácil, porque las causas de la resolución dependen a veces de la personalidad del juez ¹⁵.

En cualquier caso, Dworkin busca una alternativa entre los extremos del legalismo y el realismo, en realidad dos caras del positivismo ¹⁶. No acepta que el juez esté absolutamente ceñido a los dispuesto en unas normas inalterables, pero tampoco que el juez pueda crear Derecho a su arbitrio. Es preciso, entonces, buscar una teoría que permita responder satisfactoriamente a las características de la actividad judicial ¹⁷.

Como punto de partida es necesario establecer que Dworkin es muy claro en *Taking Rights Seriously* acerca de la función judicial: los jueces no crean Derecho como los legisladores. Algunas de las razones para esa negativa son tradicionales: carecen de legitimación democrática pues no proceden de una elección mayoritaria y aplicarían Derecho retroactivamente, ya que lo crean *ex post facto* ¹⁸.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, la opinión de W. W. COOK: «Scientific Method and the Law», *American Bar Association Journal* 13 (1927), pp. 307 ss. Un estudio general acerca de esta corriente es el de TARELLO, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, 254 pp.

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's, 1930, pp. 46 y 114-116.

¹⁶ Así lo reconocía W. FRIEDMANN. Cfr. *Legal Philosophy and Judicial Lawmaking*, en *Essays of Jurisprudence form the Columbia Law Review*, New York / London, Columbia University Press, 1964, pp. 101-102.

¹⁷ La falta de precisión tanto de la visión «legalista» como de la «realista» había sido puesta de manifiesto ya por Roscoe Pound, quien pensaba que el abanico de posibilidades que se abren al juez es más amplio: hay una gradación muy considerable desde los casos gobernados por una norma de forma clara, hasta los supuestos en los que el juez carece de fundamentos para su decisión (*grounds*) y sólo debe actuar «honestamente». Entre esos extremos hay casos no previstos expresamente en las reglas pero resolubles mediante razonamientos «from authoritative principles» o el empleo de la «judicial discretion guided by analogy of principles of law». POUND, R., «Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the Individual Special Case», *New York University Law Review*, 35 (1960), p. 930.

Por lo demás, ya J. Hall había rechazado tanto el legalismo radical como el «realismo jurídico americano». Admite que, a veces, es posible la subsunción en una regla general, pero otras veces no, porque las normas son vagas y no producen certeza. Sin embargo, eso no quiere decir que no sea posible descubrir cierta verdad jurídica, a pesar de los inevitables fallos y lagunas. Cfr. *Living Law of Democratic Society*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co., 1949, pp. 40-45.

¹⁸ Cfr. *Taking...*, *op. cit.*, p. 84. El problema de la retroactividad de la decisión judicial ya lo advirtió John Austin. Cfr. *op. cit.*, vol. II, *lect.* XXXVII y XXXVIII, pp. 628-645.

3. UNA TEORÍA SOBRE LA DECISIÓN

3.1. La importancia de los principios

Es manifiesto que, en muchos supuestos, las reglas vigentes son ambiguas no proporcionan una solución clara¹⁹. La primera explicación acerca de la resolución de los casos oscuros la ofrece en sus reflexiones acerca de los principios jurídicos y la *right thesis*: el juez no crea Derecho como el legislador porque resuelve los «casos difíciles» con principios. Frente a los positivistas que reducen el Derecho a un conjunto de normas emanadas de la voluntad política, Dworkin entiende que el ordenamiento también está compuesto por un tipo de *standard* que no presenta ideales de reforma social, económica o política, sino que «es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral»²⁰. Mediante esos principios el juez puede hallar los «dere-

¹⁹ Dworkin utiliza como ejemplos algunos asuntos particularmente controvertidos, extraídos de la historia jurídica americana. Uno de ellos es el caso *Riggs*, en el que un sujeto había asesinado a su abuelo, del cual era el único heredero. ¿Tenía derecho a la herencia? La normativa acerca de Derecho sucesorio no establecía nada al respecto, pero el tribunal decidió que no, empleando para ello el principio según el cual nadie puede obtener provecho de sus actuaciones ilícitas. Otro asunto polémico fue el caso *Brown*, en el que el Tribunal Supremo declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas. Según el tribunal, vulneraba la decimocuarta enmienda, aunque ésta no se refería expresamente a ese tipo de organización escolar.

²⁰ *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 22. Es procedente recordar que Dworkin no ha sido el primero en llamar la atención acerca de los principios. En los Estados Unidos, a principios del siglo XX, Roscoe Pound explicó que el Derecho no es un agregado de reglas, sino una realidad considerablemente más compleja. En realidad está formado por un cierto número de *legal precepts*, ideas tradicionales acerca de la interpretación y aplicación de dichos preceptos y una serie de ideas acerca de filosofía política y ética sobre el fin del Derecho. Los preceptos jurídicos tampoco son homogéneos: comprenden normas *—rules—*, principios, «concepciones jurídicas» y *standards*, es decir, cláusulas generales que sirven para valorar comportamientos en determinadas circunstancias. Cfr. «The Theory of Judicial Decision», *Harvard Law Review* XXXVI (1923), pp. 643-646. Pound ha insistido en otros lugares sobre la diferencia entre las *rules*, los principios y los *standards*. Vid. «The Administration Application of Legal Standards», *Reports of the American Bar Association*, 44 (1919), pp. 443 ss. *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven/London, Yale University Press, 1982, pp. 57 ss. Esto no quiere decir que la descripción de Pound sea similar a la de Dworkin. Otros autores en el Continente europeo han destacado la importancia de los principios: es el caso de J. ESSER y su conocida *Principio y norma en la formación judicial del Derecho privado*, trad. de E. VALENTÍ. Barcelona, Bosch, 1961. Sobre las diferencias entre las ideas de Esser y las de Dworkin, vid., RAMOS, J. A., «El fundamento del vigor de los principios jurídicos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1992), pp. 269-290.

No obstante, autores como éstos no han inventado las concepciones principialistas, sólo las han rescatado. Durante los siglos de vida del *ius commune*, sus integrantes eran plenamente conscientes de la relevancia que los principios poseían en la vida jurídica. Una buena muestra la encontramos en las diversas teorizaciones romanistas del siglo XVI. Especialmente significativas de la preocupación por los *principia* son las obras de Jean CORAS, *De iuris arte liber* (en los *Tractatus Universi Iuris*, Venetiis, 1584) y de Joachim HOPPER, *De iuris arte libri tres, Iuris Civilis, sive ad Pandectas libri sex*, Lovanii, 1555, 505 pp.

chos institucionales» que corresponden a los ciudadanos en los casos controvertidos, no sólo en los considerados «fáciles», sino también en los «difíciles»²¹. Esta reflexión es de enorme relevancia, porque gracias a la existencia de estos *standards*, el juez cuenta con unos argumentos que le permiten dar una solución a los casos que no están previstos en las normas, sin incurrir en la arbitrariedad²².

Al respecto, Dworkin señala que los jueces carecen de discrecionalidad a la hora de decidir. Para explicar esta afirmación distingue varias clases de discrecionalidad. La primera es la que tiene una persona cuyo deber viene establecido por *standards* que los «hombres razonables» pueden interpretar de formas diferentes. En segundo lugar, podemos decir que un hombre tiene discrecionalidad cuando su decisión «es final», es decir, ninguna autoridad superior puede revisar su decisión. Finalmente, existe discreción «fuerte» cuando no existe ningún tipo de *standard* que imponga deberes para tomar la decisión en un sentido particular²³. Según Dworkin, los jueces sólo poseen discrecionalidad en el primero de los sentidos. Esa situación se produce si no hay ninguna regla social que inequívocamente requiera una decisión concreta, y el juez debe, por tanto, ejercitar su iniciativa y su juicio para decidir más allá de la aplicación de una regla. Los miembros del Tribunal Supremo también gozan de discreción en el segundo de los sentidos, pero ningún magistrado o tribunal tiene discreción del tercer tipo, a menos que reduzcamos el Derecho a un bloque de normas. Debido a la presencia de los principios, no es razonable decir que en ciertos casos no existe ninguna directriz que vincule al juez en el momento de tomar una decisión. Incluso en los casos más difíciles, el Derecho no calla²⁴.

Pero no pretendo examinar ahora la teoría principialista defendida por Dworkin, sino aludir a un problema adicional: hasta qué punto los principios impiden la creación judicial del Derecho. Y es que la limitación a la discrecionalidad que los principios presentan ha sido criticada por algunos. En esa línea, J. Raz ha indicado que los principios implican realmente la discreción de los jueces: no la evitan sino que la refuerzan. Y es que su carácter necesariamente vago reclama una intervención judicial para discernir el sentido que tendrán en el caso. Ciertamente, esto no supone que el juzgador pueda proceder arbitrariamente, sino que ha de dar razones justificadoras de la decisión²⁵.

Por otra parte, algunos autores han considerado poco justificada la diferencia establecida entre *principles* y *policies*: ambos son utilizados por los jueces en sus decisiones. Cfr. por ejemplo, la opinión de GREENAWALT, K., «Policy, Rights and the Judicial Decision», en *Ronald Dworkin & the Contemporary Jurisprudence*, Ed. por M. COHEN. London, Duckworth, 1984, pp. 103 ss. Afirma este autor que a la hora de interpretar las leyes (*statutes*), el juez considera los *collective goals* contenidos por la norma. *Op. cit.*, p. 104.

²¹ *Taking...*, *op. cit.*, p. 129. Cfr. también *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 74-75.

²² *Taking...*, *op. cit.*, pp. 82 ss.

²³ *Taking...*, *op. cit.*, p. 69.

²⁴ Cfr. RAMOS, J. A., «El fundamento del vigor de los principios jurídicos», *op. cit.*, p. 284. En *A Matter of Principle*, Dworkin reconoce que puede haber casos en los que no sea posible encontrar una respuesta jurídica, aunque sean muy raros. Cfr. pp. 119 y 144.

²⁵ RAZ, J., «Legal Principles and the Limits of Law», en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 76. Raz sostiene que sólo es Derecho la *rule* que

Aquí reside una de las divergencias básicas entre los positivistas como Raz o Hart y Dworkin: los primeros opinan que esas razones, extraídas de una instancia ajena a las normas, no son Derecho, y Dworkin sí²⁶. Claro que el problema es algo más complicado, porque, aun admitiendo la juridicidad de los principios, éstos no parecen proporcionar en muchas ocasiones una respuesta clara.

Aquí radica una de las claves de la cuestión. Una de las diferencias entre las *rules* y los principios estriba en su funcionamiento. Las normas son aplicables en forma «de todo o nada». Si están presentes los hechos que la norma recoge, y ésta es válida, se aplica; si los hechos no coinciden con el supuesto legal, la regla no ofrece respuesta al caso. En cambio el principio no contiene una referencia expresa a un supuesto de hecho que haga necesaria su aplicación en un momento dado. Más bien, propone una razón que demanda una solución en un sentido determinado, sin que esa exigencia produzca una solución necesaria. Un principio ofrece una razón, pero en esa materia puede haber otros principios o «directrices políticas» argumentando en otra dirección. Debido a esa pugna el principio que normalmente soluciona el problema no es aplicable. Sin embargo, «en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro Derecho, lo que queremos decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido»²⁷.

Dworkin añade que los principios poseen una dimensión que las *rules* no tienen: la del «peso o importancia». Una regla no es más importante que otra y si entran en conflicto, sabremos fácilmente cuando una sobrepasa a la otra. En cambio, cuando hay un conflicto entre principios, debemos sopesarlos para saber cuál tiene más peso²⁸. En tales casos, los jueces deben decidir qué principio tiene más importancia dadas las circunstancias²⁹.

Estas afirmaciones de Dworkin parecen indicar implícitamente que es la conformación de la situación la que proporciona un indicio imprescindible para saber cuál es la razón que debe prevalecer y, por tanto, cuál es el principio que resuelve el caso.

responda al test de juridicidad. Los principios no lo hacen y, consecuentemente, no son Derecho.

²⁶ Cfr., por ejemplo, DWORKIN, R., *Reply to Raz*, en *Ronald Dworkin & the Contemporary Jurisprudence*, op. cit., pp. 260-263.

²⁷ Cfr. *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 25-26. La traducción transcrita es la de M. GUASTAVINO: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 77. (En el texto principal, empleo los términos «directriz política» para *policy*, siguiendo esta traducción). Sobre la necesidad de una valoración para establecer el peso de los principios que afectan a un asunto, cfr., igualmente, *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, op. cit., p. 93.

²⁸ Cfr. *Taking...*, op. cit., p. 27.

²⁹ Cfr. *Taking...*, op. cit., p. 78. Quizá sea prudente advertir que la aplicación de las normas no se desenvuelve de la manera mecánica que Dworkin describe en este libro. Más adelante, al hablar de las normas legales matizará más sobre su funcionamiento en el orden jurídico.

Ese carácter abierto de la argumentación con principios ha llevado a K. Greenawalt a criticar la afirmación dworkiniana sobre la actividad judicial. Greenawalt opina que el juez debe elegir en multitud de ocasiones, y esa elección es discrecional en un sentido más fuerte de lo que piensa Dworkin. En realidad, los jueces pueden tener en ciertos asuntos una libertad notable para dar mayor o menor peso a un principio y eso disuelve la diferencia entre la primera acepción de discrecionalidad y la tercera ³⁰. En algunos asuntos, la elección no viene impuesta por ninguna norma, principio o cualquier otro precepto, que establezcan una decisión correcta.

Lo que sí está claro es que, desde el punto de vista de Dworkin, en los *hard cases*, la respuesta no viene predeterminada por el principio ³¹. Efectivamente, el juez ha de desarrollar una labor argumentativa a la hora de establecer la respuesta correcta. Es preciso que tenga en cuenta la exigencia del problema que tiene ante sí y la valoración contenida en el principio ³². Esto es lo que ocasiona la polémica con los autores vinculados al positivismo, porque el hallazgo de la respuesta correcta requiere buena parte de las veces una ponderación de las «razones» de los distintos principios, y el resultado depende de ese balance. En ese proceso el juez goza de cierta autonomía en la medida en que la solución no está determinada por el principio: hay diversas posibilidades y hay que escoger una a la luz de las circunstancias del caso. Eso significa que el juez ha de valorar la situación concreta, una valoración que no está contenida en la norma, sino que procede del juzgador. Inevitablemente, esto puede suponer la presencia de cierto arbitrio y discrecionalidad.

Por tanto, la referencia a los principios no basta y es preciso diseñar una teoría más compleja.

3.2. La integridad

Frente a las teorías «semánticas», Dworkin propone una «interpretativa». No todas las que pertenecen a esta categoría le parecen aceptables: el convencionalismo y el pragmatismo deben ser rechazados, como indiqué páginas atrás.

La propuesta de Dworkin está basada en lo que él denomina una visión del «Derecho como integridad». El estima que la *right thesis* se basa en la búsqueda de una solución que pueda ser justificada dentro de una teoría política que ofrezca una justificación general del orden

³⁰ Cfr. GREENAWALT, K., «Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges», *Columbia Law Review*, 75 (1975), pp. 364-365.

³¹ Así lo señala —como una crítica— D. A. J. RICHARDS. Cfr. «Taking Taking Rights Seriously Seriously. Reflections on Dworkin and the American Revival of Natural Law», *New York University Law Review*, 52 (1977), pp. 1284 y 1314-1315.

³² Cfr. VIGO, R., *Implicancias de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Universidad Nacional del Litoral, 1993, p. 22.

jurídico, es decir, en el seno de una teoría que también justifica otras decisiones que se consideran correctas³³.

Ahora bien, esa justificación no puede estar en un test formal, como pretenden algunas teorías semánticas o las posturas convencionalistas. Es preciso encontrar una teoría que evite dos extremos: la objetividad y la subjetividad plenas. El Derecho no puede reducirse a un conjunto fijo de materiales históricos que ofrezcan las repuestas posibles. Tampoco debe quedar al albur de los órganos decisorios³⁴. Ese equilibrio difícil entre una cierta objetividad y la inevitable flexibilidad de la vida jurídica puede conseguirse mediante una teoría interpretativa que permita presentar la mejor lectura del objeto interpretado. Desde ese punto de vista, considera que el Derecho presenta similitudes con la Literatura. En efecto, la comprensión de una obra literaria debe realizarse mediante una interpretación que ofrezca la imagen más favorable a la obra de arte en sí misma³⁵. Algo parecido ocurre con el Derecho.

Indica que hay distintos tipos de interpretación. Una de ellas es la llamada «conversacional», que está dirigida a conocer la relación entre un hablante y su auditorio; en ella la intención del autor del mensaje interpretado es fundamental. Otra forma de interpretación es la «constructiva», en la que lo decisivo no es la causa del mensaje –la intencionalidad del autor–, sino su finalidad: obtener la mejor versión posible de la cosa interpretada³⁶.

Dworkin dedica un buen número de páginas a desmontar las tesis interpretativas «intencionalistas» que poseen una fuerza enorme en el Derecho constitucional y en el *statutory law*. No sólo las considera erróneas en el ámbito literario, sino también en el jurídico, y mantiene que esta forma de entender el proceso interpretativo es una versión típica del positivismo jurídico: el Derecho se compone de decisiones tomadas por personas del pasado; si queremos saber lo que significan, habremos de atender a la intención de esas gentes³⁷.

El problema es que esa intención es difícilmente cognoscible. En primer lugar, la intención suele ser un estado psicológico y no es fácil precisar con exactitud cuál de sus aspectos puede ser más relevante. ¿Lo son quizá las esperanzas y expectativas de los legisladores sobre el resultado de una norma?³⁸ Tampoco es sencillo elegir el momento del proceso legislador que escogeremos para averiguar las expectativas de

³³ *Taking...*, *op. cit.*, pp. 87-88. Dworkin explica que su prolífica exposición teórica requeriría un juez de capacidad sobrehumana, al que llama Hércules. En este momento no voy a preocuparme por un reproche que surge de manera inmediata: ¿Cuál es la utilidad de una metodología que puede ser impracticable para el juez normal?

³⁴ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, p. 162. En el mismo sentido, cfr. DWORKIN, R., «Law as Interpretation», *Texas Law Review*, 60 (1982), p. 529.

³⁵ Cfr. «Law as Interpretation», *op. cit.*, pp. 536-539.

³⁶ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 50 y 52.

³⁷ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, p. 148.

³⁸ Dworkin escribe que un congresista puede votar una norma porque considere que es un mal menor y esperar que sea interpretada restrictivamente por los tribunales. Sin embargo, ante un problema interpretativo éste no parece ser un criterio hermenéutico razonable. Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 323.

los autores³⁹. Hay una dificultad añadida: el legislador está compuesto por varias personas, y no está claro cuáles son las que debemos considerar para elucidar la intención del poder legislativo, porque en realidad no es tan simple saber quiénes son los auténticos autores de la norma. Tengamos en cuenta que los estados psicológicos de todas estas personas son diferentes y, consecuentemente hemos de elegir: tal vez sea mejor escoger una opinión representativa. Pero la respuesta a esa cuestión tampoco es evidente. Tal vez podamos optar por las de aquellos que intervinieron en los debates, las de los que votaron, las de todos los miembros del Congreso, o también las de los ciudadanos que influyeron en los legisladores⁴⁰. En realidad, a juicio de Dworkin, es imposible hallar una solución a esta cuestión. Algunos defensores del intencionalismo recurren a la llamada *contrafactual question*: ¿Qué habría hecho el legislador si hubiera conocido el caso concreto? Pero, señala Dworkin, saber eso es imposible⁴¹.

A partir de esas apreciaciones, en sus referencias al Derecho constitucional, critica seriamente las teorías «interpretativistas» e «historicistas». De todas formas, estima que la distinción que en los Estados Unidos se establece entre «interpretativistas» y «no interpretativistas» es engañosa. Según los primeros, la decisión constitucional debe brotar de la interpretación de la constitución en sí misma. Los segundos sostienen, en cambio, que esa decisión debe basarse en fundamentos extraconstitucionales⁴². La falacia de la distinción radica en que una decisión jurídica –también la referente a la constitución– es interpretativa.

A él le preocupa especialmente un aspecto del interpretativismo que denomina «*historicism*»: sus defensores exigen que toda interpretación esté basada en la «intención original» de los constituyentes⁴³, pues si no ocurre así los intérpretes –jueces– están ejerciendo prerrogativas que no les corresponden en el esquema de la separación de poderes: en suma, crean Derecho, actividad para la que carecen de legitimación⁴⁴.

³⁹ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 43 ss. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 321 ss.

⁴⁰ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 317 ss.

⁴¹ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 325. Este recurso a una supuesta voluntad legisladora ficticia es muy antiguo: lo hallamos ya en Aristóteles y el Derecho Romano.

⁴² De aquí surgen diversas tendencias, como el *judicial activism*, que busca interpretar las cláusulas vagas teniendo en cuenta los cambios en la moralidad pública. Por otra parte, el *judicial restraint*, «argues that courts allows the decisions of other branches of government to stand, even when they offend the judges' own sense of the principles required by the broad constitutional doctrines, except when these decisions are so offensive to political morality that they would violate the provisions on any plausible interpretation, or perhaps, when a contrary decision is required by clear precedent». Cfr. *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 137.

⁴³ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 359-360. En *Taking Rights Seriously* se refiere al *strict constructionism*: «This theory makes a strict interpretation of the text yield a narrow view of constitutional rights, because it limits such rights to those recognized by a limited group of people at a fixed date of history». *Op. cit.*, p. 134.

⁴⁴ La literatura académica sobre esta cuestión en Estados Unidos ha sido abundante durante los últimos años. *Vid.*, como ejemplo, R. Berger, quien señala que el intérprete de la Constitución no puede separarse de la intención original del constituyente. De

La teoría de Dworkin se presenta como una opción más matizada, porque rechaza la creación judicial del Derecho, pero al mismo tiempo niega la vinculación absoluta del intérprete a las decisiones del pasado. Al respecto, Dworkin compara el Derecho con una novela en cadena (*chain novel*). Este ejercicio literario es una empresa colectiva en la que un autor escribe el primer capítulo de una obra y sucesivos escritores añaden nuevos capítulos que continúan de forma coherente la historia iniciada por sus predecesores. Para poder llevarlo a cabo es necesario que interpreten todo lo que ha sido escrito con anterioridad. Ahora bien, no debe interpretarlo en un sentido intencionalista, porque, a excepción de lo que le ocurre al segundo escritor, no hay un solo autor.

Esta es la forma en la que debe comportarse el juez en un *hard case*, sobre todo en el *common law*. Debe extraer el argumento de las decisiones pasadas de los jueces, de las prácticas e interpretaciones anteriores. Y su misión no es descubrir las intenciones de los jueces o legisladores del pasado, sino «alcanzar una opinión acerca de lo que esos jueces hicieron colectivamente». Tiene la responsabilidad de mejorar la empresa que tiene entre manos y no darle la dirección que subjetivamente le parezca mejor⁴⁵. Desde este punto de vista, el juzgador se encuentra en la posición ambivalente: es al mismo tiempo crítico y autor de la tradición a la que pertenece; no puede desarrollarla de una forma completamente autónoma, aunque inevitablemente añade algo

lo contrario, introduciría un significado nuevo en las palabras que forman el texto constitucional. «Originalist Theories of Constitutional Interpretation», *Cornell Law Review*, 73 (1988), pp. 353 ss. Igualmente, el juez W. H. Rehnquist señala que el poder legislativo reside sólo en el pueblo, por lo que los jueces no pueden cambiar la constitución en sus interpretaciones. Y es que más allá de la constitución y *the laws*, no hay otra cosa que la moral exclusivamente personal. Cfr. «The Notion of a Living Constitution», *Texas Law Review*, 54 (1976), p. 704. En una línea similar, R. O. Rotunda critica al grupo de los *noninterpretativists*, a los que acusa de adoptar valores que no están en la Constitución y atender exclusivamente a la conciencia de la época del intérprete. Según Rotunda, la tarea judicial legítima es la que atiende al *original intent* de los constituyentes. Cfr. «Original Intent, the View of the Framers, and the Role of the Ratifiers», *Vanderbilt Law Review*, 41 (1988), pp. 508 y 515.

Esta cuestión es bastante compleja, porque hay un sector de autores –académicos y jueces– que piensan que no es posible conocer el *original intent* de la norma –constitución o *statute*–, pero, al mismo tiempo, estima imprescindible evitar la creación judicial del Derecho. Para ello recurren a otro criterio interpretativo, ya añejo en el Derecho anglosajón: el significado claro del texto –*plain meaning*–. Cfr. SCALIA, A., «The Rule of Law as a Law of Rules», *The University of Chicago Law Review*, 56 (1981), pp. 1175-1188. Sobre la ilicitud del cambio de los valores constitucionales, *vid.*, también, EASTERBROOK, F.H., «Method, Result and Authority: A Reply», *Harvard Law Review* 98 (1985), pp. 627-629. *Vid.*, también EASTERBROOK, F. H., «Statutes' Domains», *The University of Chicago Law Review*, 50 (1983), pp. 533-552. Sobre la actitud de estos dos últimos autores, *vid.* FARBER, D. A., «The Hermeneutic Tourist Statutory Interpretation in Comparative Perspective», *Cornell Law Review*, 81 (1996), p. 522. Indica Farber que la clave de su tesis es reducir el papel de los jueces a puros aplicadores de los *statutes* tal y como están escritos (*ibidem*). No obstante este textualismo también genera dificultades: no es posible conocer el significado de un texto sin una referencia a su contexto. Debido a esa circunstancia, muchas veces la referencia al puro texto no soluciona el problema. Y entonces los problemas vuelven a empezar.

⁴⁵ *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 158-159.

a la tradición interpretada, cuando es un caso difícil, como los casos *Riggs* o *Brown* ⁴⁶.

Para conseguirlo, el juez debe desarrollar una interpretación que sea acorde con la historia jurídica en la que se desenvuelve ⁴⁷. Y eso sirve para marcar los límites en los que ha de moverse su decisión: dos criterios que Dworkin expone como coherencia (*fit*) y moralidad política (*political morality*) ⁴⁸.

Escribe Dworkin que los jueces que aceptan el ideal interpretativo de la integridad deciden los *hard cases* mediante un conjunto de principios coherentes acerca de los derechos y deberes, y pretenden encontrar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina jurídica de la comunidad. El límite de la coherencia es fundamental porque supone un límite a la decisión del juez: no vale cualquier teoría justificadora del resultado, porque la que se oponga de manera clara a la historia jurídica deberá ser rechazada, aunque refleje las convicciones personales del juez. Si hace prevalecer sus propias convicciones, no está interpretando una práctica jurídica ⁴⁹. Esta última idea es importante: Hércules, el juez ideal, no basa sus sentencias en convicciones personales. Por supuesto, la solución que dé será una opinión, pero no una convicción moral subjetiva, sino una convicción acerca de lo que demandan la Constitución y el ordenamiento jurídico en ese problema ⁵⁰. Retengamos la idea: el Derecho se basa en opiniones, pero opiniones con fundamento objetivo.

Puede suceder que haya varias interpretaciones posibles. En tal caso, habrá que escoger la que desde el punto de vista de la moralidad política presente esa práctica bajo la mejor luz, y haga de ella «makes the work in progress best, all things considered» ⁵¹.

En este punto las tesis metodológicas de Dworkin se vuelven un tanto abiertas. Sostiene que en el ámbito decisorio no hay total creatividad, ni vinculación mecánica al texto: cada uno debe ser cualificado por el otro. Pero no es fácil saber hasta dónde alcanza esa vinculación ni qué grado tiene esa creatividad que en otros lugares Dworkin ha negado. Una de las causas de esa dificultad está en que no hay un método exacto para conocer cuál es la interpretación más acorde con la historia jurídica. Según declara, la teoría del «Derecho como integridad» es un *approach*, más que una serie de respuestas ya establecidas ⁵². De hecho, puede haber varias adecuadas, sólo que una de ellas es más adecuada que las demás ⁵³.

⁴⁶ Cfr. «Law as Interpretation», *op. cit.*, p. 544.

⁴⁷ Cfr. «Law as Interpretation», *op. cit.*, p. 544.

⁴⁸ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 142-143 y 160.

⁴⁹ *Law's...*, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁰ Cfr. *Taking...*, *op. cit.*, p. 124.

⁵¹ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 231 y 256.

⁵² *Law's...*, *op. cit.*, pp. 234 y 239-240.

⁵³ Cfr. «Law as Interpretation», *op. cit.*, pp. 544-545. Cfr. en el mismo sentido, *Law's...*, *op. cit.*, p. 247.

En consecuencia, desde el punto de vista de Dworkin, el Derecho no viene «dado» al jurista sino que brota después de la interpretación. Esta apreciación puede llevar a un entendimiento erróneo de la tesis de la *right answer* propugnada por Dworkin. Efectivamente, él mantiene que, incluso en los casos difíciles es posible hallar cuáles son los derechos institucionales de las partes, y ese hallazgo es facilitado por criterios por el ordenamiento. Ahora bien, si reconoce que puede haber respuestas diferentes a esas cuestiones difíciles, parece dar la razón a sus críticos positivistas. La solución quizá esté en el problema de la demostrabilidad.

Él opina que en el Derecho no es lícito pensar que una proposición sólo es cierta si puede demostrarse como tal, es decir, si a partir de unos hechos comprobados hay motivos indudables que hacen que todos estén de acuerdo con la proposición en cuestión⁵⁴. En la práctica jurídica, los jueces argumentan y dan respuestas que no son demostrables, pero eso no quiere decir que sean absurdas e inútiles, porque es innegable que hay argumentos mejores que otros; el Derecho se basa, así, en la existencia de una multiplicidad de razones para justificar las opiniones en el seno de una práctica interpretativa. Esas razones no son demostrativas, es decir, ninguna es absolutamente cierta, pero sirven para decidir si una interpretación es mejor que otra. Entre ellas hay alguna que ofrece el mejor punto de vista del problema⁵⁵. Desde luego, reconocer esto no es decir mucho, porque es preciso ofrecer algún criterio para discernir el mejor de los argumentos, que vaya más allá de la referencia genérica a la «mejor interpretación posible».

De especial interés en este asunto son sus reflexiones sobre la interpretación constitucional. Ya he indicado que este autor rechaza las tesis originalistas que pretenden ceñirla al mero descubrimiento de las intenciones de los constituyentes, que, en el caso norteamericano eran unos políticos de fines del siglo XVIII. Las reflexiones acerca de la imposibilidad de hallar esa «intención original» forman el punto de partida, pero son insuficientes. El destaca que la Constitución está redactada en un «lenguaje general», es decir que los derechos recogidos en el texto aparezcan en cláusulas generales que necesitan una concreción. De esa forma, la Constitución no fija un sentido específico para esa generalidad. En ese sentido, podemos hablar de una «intención abstracta» y «otra concreta». Así, es posible entender la igual protección ante la ley, por ejemplo, de dos formas. Una es general o abstracta, y a ésta la denomina *concept*. Otra es concreta, y ésta es una *conception*⁵⁶. La elección de una u otra de tales formas de entender la Constitución es, según Dworkin, de importancia extraordinaria. Si ele-

⁵⁴ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 137-138. *Law's...*, *op. cit.*, pp. VIII-IX.

⁵⁵ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 82 ss. y 86.

⁵⁶ *Taking Rights...*, *op. cit.*, p. 216. Cfr. también, *A Matter...*, *op. cit.*, p. 144, y «The Arduous Virtue of Fidelity», *cit.*, p. 1259. Cfr. la diferencia entre *concept* y *conception* en *Law's...*, *op. cit.*, p. 71. Ahí señala que el contraste entre ambos términos es el que existe entre los «levels of abstraction at which the interpretation of the practice can be studied».

gimos la acepción abstracta, a la hora de decidir un caso concreto, los jueces deberán hacer una «decisión substantiva de moralidad política». Si escogemos la intención concreta, tendremos que averiguar la voluntad específica de los constituyentes del XVIII. Pero si ellos hubieran deseado que el juez actual se ciñera a esa voluntad determinada la habría plasmado en el texto; no lo hicieron así, y podemos concluir que debemos entender la *equal protection* o el *due process* como *concepts*⁵⁷. La Constitución es, desde esa perspectiva, una «carta de principios» abstractos, cuya medida y finalidad deben ser definidas por los jueces. Para ello debemos descubrir qué quieren decir para nosotros actualmente. No se trata, por tanto, de conocer la voluntad concreta del autor de la norma, como hecho histórico. El resultado depende del establecimiento de la mejor interpretación de ese principio⁵⁸.

Dworkin lleva a cabo una matización importante: esas cláusulas son generales, pero no vagas. No es que no sepamos lo que quieren decir, sino que su significado es precisamente un «*appeal to moral concepts*»⁵⁹, que los jueces han de concretar.

Las explicaciones sobre el trabajo en el *staturory law* también pueden arrojar algo de luz acerca del método de Hércules que, no lo olvidemos, es variable y está inacabado⁶⁰. Según lo expuesto por este autor, el auténtico significado de la norma es algo que se desarrolla con el paso del tiempo de una manera relativamente autónoma de las voluntades concretas de las personas que los elaboraron. Lo importante es la intención del *statute* en sí mismo. Para conocerla, Hércules considera factores muy diversos para conocer la historia entera de la norma. Desde luego tiene en cuenta los *statements* de los legisladores, pero «los trata como hechos políticos importantes en sí mismos, no como evidencia de algún estado mental detrás de ellos»⁶¹. Tal y como ha hecho al tratar otros aspectos de la teoría jurídica, Dworkin sostiene la inutilidad de una interpretación basada en el *speaker's meaning*, según la cual la legislación es un tipo de comunicación establecida entre un hablante y un oyente. Aunque no haya referencias explícitas a ello, esta idea coincide con lo que en Europa Continental se ha denominado la «voluntad objetiva». En ese sentido, Dworkin parece optar por una

⁵⁷ Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 49-56. *Vid.*, también, sobre las diferentes maneras de entender la Constitución –como conjunto de principios o como expectativas de estadísticas históricas–, DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, trad. de R. CARACCILO y V. FERRERES. Barcelona, Ariel, 1994, pp. 158-159.

⁵⁸ «The Arduous Virtue of Fidelity», *op. cit.*, pp. 1253 y 1267.

⁵⁹ *Taking Rights...*, *op. cit.*, pp. 134-136. La verdad es que Dworkin se ha aplicado a la resolución de problemas concretos, como el aborto, la discriminación positiva, la pornografía, etc. Sus resultados son discutibles: desde luego, él no pretende otra cosa, ya que su propuesta metodológica no propugna la consecución de resultados que posean veracidad irrefutable. Sobre esas aplicaciones, *vid.*, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1996, 427 pp.

⁶⁰ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, pp. 34 ss.

⁶¹ «He treats them as political events important in themselves, not a evidence of any mental state behind them». *Law's...*, *op. cit.*, p. 315.

visión «objetiva» de la intención de la ley; ésta resulta ser más bien el interés social defendido por la norma ⁶².

Sostiene, además, que no existe un momento canónico que marque el nacimiento del *statute* y le conceda la totalidad de su significado ⁶³. Dicho de otra forma, la determinación del sentido de la norma ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta las diferentes situaciones por las que ha pasado la institución jurídica, y más concretamente, según el contexto particular del intérprete.

Recordemos que Dworkin distingue entre las convicciones abstractas y concretas en el campo constitucional, y afirma no es razonable afirmar que el pueblo debería ser gobernado ahora por las convicciones políticas específicas de políticos elegidos hace tiempo, cuando la moralidad popular, las circunstancias económicas y casi todo lo demás era muy diferente ⁶⁴. Y es que el concepto general que está contenido en la enmienda constitucional debe ser concretado, y esa tarea requiere la presencia de algún elemento que sirva para tal concreción. En alguna ocasión Dworkin se refiere a la elección del principio más poderoso en las circunstancias presentes, aunque eso no quiera decir que los demás sean absurdos ⁶⁵. Si hacemos caso a la proposición de Dworkin tendremos que encontrar una justificación que ofrezca la mejor interpretación posible, pero, ¿cómo? Sencillamente, no nos da una respuesta ⁶⁶. Varias veces proclama que el «Derecho como integridad» no ofrece un método cierto ⁶⁷: ésa parece ser su conclusión ⁶⁸. Efectivamente, la solución a cada caso brotará de la ponderación de las diferentes razo-

⁶² Sobre esa forma de entender la «voluntad de la ley», Cfr. BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de J. L. DE LOS MOZOS, Madrid, EDESA, 1975, p. 111. Desde luego, Dworkin no lo cita, pero hay algunas similitudes entre sus planteamientos.

⁶³ «... Nor does suppose any canonical moment of speech toward which his historical research bends; the history he interprets begins before a statute is enacted and continues to the moment when he must decide what it now declares». *Law's...*, *op. cit.*, pp. 316 y 348.

⁶⁴ «Fairness cannot explain why people now should be governed by the detailed political convictions of officials elected long ago, when popular morality, economic circumstances, and almost everything else was very different». Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 364. Cfr. también la p. 362.

⁶⁵ Cfr. *Law's...*, *op. cit.*, p. 271.

⁶⁶ Tal vez por eso, Ch. Fried critica a Dworkin por plantear una exposición tan general e indeterminada —aunque menos que la de Rawls, por ejemplo— que no sirve para diseñar instituciones concretas. En realidad, ese reproche se lo lanza Fried a toda la Filosofía jurídica, aunque reconoce que este argumento es, también, filosófico. Cfr. «The Artificial Reason of the Law or: What Lawyer Know», *Texas Law Review*, 60 (1981), pp. 53 y 57.

⁶⁷ Al preguntarse acerca del concepto de Derecho escribe: «The best reply is: up to a point. I have not devised an algorithm for the courtroom. No electronic magician could design from my arguments a computer program that would supply a verdict everyone would accept once the facts of the case...». *Law's...*, *op. cit.*, p. 412. En *Taking Rights Seriously* ya había declarado que no hay método mecánico para solucionar los *hard cases*. Cfr. p. 81.

⁶⁸ R. Alexy concluye que Dworkin no consigue presentar una teoría que asegure una decisión correcta en todos los casos, ya que tal garantía, aun para un juez del talento de Hércules, es imposible. Cfr. «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, 5 (1988), p. 148. Sin embargo, Alexy admite que esa búsqueda de la respuesta correcta sirve como «idea regulativa». *Op. cit.*, p. 151.

nes que confluyan en él, dependientes de las teorías interpretativas que aleguen los jueces. La mención repetida a las diversas razones, que no son demostrables, pero sí son capaces de proporcionar cierta certeza, nos recuerdan a algunos planteamientos europeos acerca de la tónica jurídica, aunque Dworkin en ningún momento aluda a esa semejanza. Pero la verdad es que él describe el ordenamiento como una serie de interpretaciones razonables que el juez tiene a su disposición para resolver los problemas que lleguen a sus manos, y no como un conjunto ordenado de normas y principios que, perfectamente catalogados, ofrezcan un recetario cómodo para el jurista. Por eso no entiendo muy bien la relevancia que concede a la coherencia. Efectivamente, como hemos visto, cuando surge un caso «difícil», el juez dará una solución que ofrezca la mejor justificación de ese Derecho como un todo. Pero ese expediente puede ser insuficiente, porque la respuesta al problema particular sólo aparece tras la necesaria concreción de los criterios contenidos en el ordenamiento. Dworkin ha puesto de manifiesto que muchos de los elementos empleados en la decisión judicial van más allá de lo que pensaban los pensadores legalistas. Y buena parte de tales factores poseen una naturaleza moral, aunque forman parte del ordenamiento⁶⁹. Esto quiere decir que recogen criterios de justicia referidos a bienes de tipo diverso. Esa diversidad impide muchas veces encontrar una justificación sistemáticamente coherente, si es esto lo que Dworkin defiende. Tal vez lo que quiere decir es que el Derecho está compuesto por una pluralidad de bienes diferentes, plasmados en una pluralidad de principios, ideales, etc., que deben ser hallados dispersos por todo el ordenamiento. Ahora bien, es posible que se contradigan; en ese caso, es necesario ponderarlos para ver cuál tiene más peso, tal y como él dice expresamente.

Acerca de esa cuestión, R. Posner ha señalado que, pese a las protestas de Dworkin, no siempre hay una respuesta correcta a una controversia jurídica. Según éste último hay derechos y deberes creados por la comunidad que expresan una concepción coherente de justicia y equidad y que el juez debe identificar. Posner cree que no siempre es posible debido a la heterogeneidad actual de la sociedad: no existe un consenso general que permita fijar las premisas de la decisión al modo requerido por Dworkin⁷⁰. Por ese motivo en algunos asuntos como el caso *Brown*, la causa de la decisión no está en el texto, no es posible una interpretación. La solución la da el juez alegando fundamentos

⁶⁹ La reacción «sociologista» de Pound ya había indicado esto. *Vid.*, POUND, R., *Law and Morals*, South Hackensack, New Jersey/New York, Rothman Reprints, Augustus M. Kelley, 1969, pp. 117 ss. En la p. 122 resalta la importancia de la moral en el momento de la aplicación del Derecho. No obstante, los ideales –pragmatistas e utilitaristas– de Pound eran diferentes a los de Dworkin.

⁷⁰ Cfr. POSNER, R., *The Problems of Jurisprudence*, Cambr. Mass./London, Harvard University Press, 1990, pp. 197 ss., y 201-203. Posner rechaza tanto el escepticismo radical que disuelve la ciencia jurídica en la decisión política, como la tesis de Dworkin según la cual siempre hay respuesta correcta. Cfr. *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 37-38, y «The Jurisprudence of Skepticism», *Michigan Law Review*, 86 (1988), p. 829.

basados en la historia política, el sentido común, etc.⁷¹. Parece que la diferencia entre ambos autores estriba en que Posner considera que en esos casos la respuesta no viene dada por el ordenamiento, y Dworkin sí, aunque éste no piense realmente que esté determinada mecánicamente. El propio Posner explica que su teoría no es demasiado diferente de la de Dworkin. Sostiene que el Derecho no es una «cosa», ni una caja de la que podamos extraer las respuestas, sino una actividad de personas especializadas (jueces, abogados, legisladores). Desde ese punto de vista, debatir si el Derecho está compuesto de normas o principios, o si los jueces pueden cambiar las reglas carece de sentido. Sin embargo, matiza Posner, esa «teoría de la actividad» es incompleta y debe ser mejorada con una «teoría débil del Derecho natural» que sirva para evaluar la actividad judicial. Los criterios para esa tarea son diversos: costumbres, tradiciones, «sentimientos comunitarios», etc. Es en este punto cuando Posner considera que su tesis se aproximan a las de Dworkin⁷².

La apreciación de Posner es interesante porque admite la tesis de Dworkin, presentando un orden jurídico notablemente abierto, pero al mismo tiempo reconoce que no proporciona todas las respuestas. Tal vez la falla esté en la incapacidad de leer el caso desde los hechos del problema. En efecto, Dworkin cree que rebuscando entre principios, valores, tradiciones morales, etc., de una comunidad política dada, un juez de la inteligencia y capacidad de Hércules hallara una respuesta correcta para cualquier caso. Sin embargo, la respuesta no se halla en ese rastreo fatigoso por el ordenamiento, sino prestando alguna atención a la conformación del problema.

Y es que la realidad jurídica no es algo que pueda ser identificado sin más con la realidad legal, sino que brota desde la interrelación de la norma y el caso concreto, mediante un proceso complejo que aúna la interpretación y la aplicación⁷³. Esto significa, entre otras cosas, que, en cierto modo, el Derecho nace en el momento de la concreción. Esa concreción está abierta a numerosas variaciones circunstanciales por lo que no puede considerarse nunca una tarea cerrada⁷⁴. En ese sentido, Betti ha declarado que la interpretación es siempre creadora, aunque no arbitraria, porque el intérprete está vinculado a la totalidad del sistema «como orgánica concatenación de normas», a las exigencias del ambiente social y las relaciones en cuestión, y a las valoraciones inmanentes al orden jurídico. La interpretación resulta ser, de ese modo, una permanente readaptación de la reglas que componen dicho orden. Por eso, el juez no posee discrecionalidad, ya que su labor está vinculada a la coherencia inmanente del sistema⁷⁵. Quizá las tesis de Dworkin

⁷¹ Cfr. POSNER, R., *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 307-309.

⁷² Cfr. POSNER, R., *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 225-226.

⁷³ Cfr. OLLERO, A., «Derecho natural y jurisprudencia de principios», *Persona y Derecho* 8 (1981), p. 170.

⁷⁴ Cfr. BETTI, E., *op. cit.*, p. 66.

⁷⁵ Cfr. *op. cit.*, pp. 137 y 113.

vayan por ese camino ⁷⁶, en la medida en que pretenden exponer un juez que no es esclavo de las normas pero carece al mismo tiempo de arbitrio. Ocurre, sin embargo, que esas llamadas al Derecho como un todo, que recuerdan la idea de totalidad inmanente, resultan a la postre poco operativas. Porque precisamente el «caso difícil» se caracteriza por presentar una configuración que no encuentra acomodo inmediato, y la solución proviene más bien de la consideración de los diversos elementos del ordenamiento a la luz del problema. Esta idea es la que no queda suficientemente clara en la obra dworkiniana. Su aportación es, desde luego, sumamente interesante, porque amplía las fronteras del Derecho, pero descuida el momento de la concreción.

Sobre ese problema y la importancia del contexto, W. N. Eskridge, desde una teoría hermenéutica de Gadamer, ha indicado que la interpretación de una ley ha de ser dinámica: cuando cambia la situación social y, por tanto, el «horizonte interpretativo», ha de variar también el significado de la norma. La interpretación es, de ese modo, un proceso de aproximación entre los valores del texto y los de la sociedad ⁷⁷. Eskridge reconoce que la tesis interpretativa de Dworkin presenta abundantes similitudes con la exposición gadameriana, ya que defiende una interpretación que tenga en cuenta los cambios históricos. Sin embargo, cree que hay algunas deficiencias en la tesis de Dworkin, porque no concede la suficiente atención al contexto. Al interpretar no se ha de prestar tanta atención a las decisiones anteriores –como ocurre según la metáfora de la *chain novel*–, sino a los hechos del caso que hay que solucionar según la norma. El intérprete, continúa Eskridge, no se limita a añadir otro capítulo, sino a comprender el primer capítulo según las nuevas circunstancias: más que a la coherencia, es preciso atender a la situación específica en la que se desenvuelve la interpretación ⁷⁸. Y es interesante observar cómo, por ese motivo, Eskridge estima que la teoría interpretativa de Dworkin escapa al reproche de «fundamentalismo». Bajo tal denominación incluye las propuestas de un método único para descubrir el sentido de las normas. Es decir, que, según Eskridge, Dworkin deja abierta la cuestión de cuál sea el método más adecuado ⁷⁹.

⁷⁶ Aunque hay muchas diferencias entre ellos. Así, por ejemplo, Betti entiende que el empleo de principios generales del Derecho o de la equidad son casos de heterointegración, ya que emplean fuentes que no son fuentes del Derecho. Cfr. *op. cit.*, pp. 140 ss.

⁷⁷ Cfr. ESKRIDGE, W. N., «Gadamer/Statutory Interpretation», *Columbia Law Review*, 90 (1990), pp. 632-633.

⁷⁸ Cfr. *op. cit.*, pp. 648-650. Según A. KAUFMANN, «das Verständnis des einzelnen setzt bereits das (Vor-) Verständnis des Ganzen voraus, dieses ist aber nun auf der Weg über das einzelnen zu gewinnen. Der konkrete Lebenssachverhalt ist in seiner rechtlichen Relevanz nur verstehbar im Hinblick auf die in Betracht kommende (n) Rechtsnorm (en), der Sinn der Rechtsnorm (en) aber erschliesst sich nur über das Verständnis des Lebenssachverhalts». «Die Geschichlichkeit des Rechts in Licht der Hermeneutik», en *op. cit.*, p. 51.

⁷⁹ Cfr. *op. cit.*, p. 648.

Esa relevancia del momento presente en la interpretación aparece también en el «*nautical approach*», propugnado por T. A. Aleinikoff. Según este autor, la norma legal se debe interpretar como si hubiera sido creado recientemente. De una manera parecida a Dworkin entiende que el *statute* no está terminado después de su promulgación. Para aclarar su postura utiliza una imagen llamativa: la interpretación es como un viaje por mar; en él, el curso del viaje y todas sus incidencias no se conocen hasta que no se llega a puerto. La botadura del barco –la norma– y los planes –las intenciones de los legisladores– no dicen todo acerca de la travesía. En realidad, el *statute* no quiere decir nada hasta que no se pone en contacto con los profesionales del Derecho, porque no es una realidad preexistente a la decisión; en ese sentido, los intérpretes son creadores de significado⁸⁰.

Claro que el planteamiento de Dworkin es diferente, porque él no es partidario de remitir la decisión exclusivamente al contexto actual; también es necesario, como hemos visto, que sea coherente con la práctica jurídica y la historia previas. Pero creo que bajo sus consideraciones a veces hay un reconocimiento implícito del valor de las circunstancias del caso a la hora de establecer la solución para un caso: sus manifestaciones al hablar del «peso» de los principios así parecen indicarlo⁸¹.

Si seguimos ceñidos al mundo norteamericano encontramos defensas de ese acercamiento circunstancial. A. L. Goodhart nos recuerda

⁸⁰ Cfr. ALEINIKOFF, T. A., «Updating Statutory Interpretation» en *Michigan Law Review*, 87 (1988), pp. 49-50 y 57.

⁸¹ Esto puede estar relacionado con el problema de la ontología jurídica, una realidad que Dworkin rechaza expresamente. Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, p. 168, donde declara que en la interpretación no podemos encontrar significados ontológicos independientes del texto, situados en un universo aparte. La misma idea aparece en *Law's...*, *op. cit.*, p. 81. De todas formas, su negativa es algo confusa. Explica que hay límites internos y externos a la interpretación. Los importantes son los internos, porque Dworkin considera que no hay argumentos acerca de la objetividad en los asuntos morales que sean externos, sólo argumentos morales: «I believe, for example, that slavery is unjust in the circumstances of the modern world. I think I have arguments for this view, though I know that if these arguments were challenged I would in the end have to rest on convictions for which I had no further direct argument». (*A Matter...*, *op. cit.*, p. 171). Es decir, que los argumentos morales no tienen un sentido real o una verdad que trascienda esa empresa. Si los juicios morales pueden ser objetivos es una cuestión moral. Y si hay objetividad en la interpretación es cuestión de interpretación. Rechaza el escepticismo externo según el cual todos los juicios interpretativos pueden ser revisados según una realidad externa. (Cfr. *A Matter...*, *op. cit.*, pp. 174-176).

Sin embargo, a veces incurre implícitamente en referencias a realidades de ese tipo «ontológico». Así, explica que hay derechos que «as men do have». Afirma que, para defender la *right thesis*, hay que aceptar dos ideas: la primera la «vaga pero poderosa idea de dignidad humana»: supone que hay formas de tratar a un hombre que son inconsistentes con su dignidad y son, por tanto, injustas. Y al comentar la igualdad, escribe que «I do not want to defend or elaborate these ideas here, but only to insist that anyone who claims that citizens have rights must accept ideas very close to these». *Taking...*, *op. cit.*, pp. 198-199. En una nota al pie precisa que estas ideas no necesitan ser axiomáticas; pueden basarse en criterios utilitaristas.

que ya desde los inicios del siglo XX, los tribunales superiores estadounidenses no se consideraban totalmente vinculados por los precedentes, sino que matizaban su aplicación según la justicia del caso⁸². La atención a ese elemento provoca que el razonamiento judicial sea un proceso complejo muy alejado de un modo de pensar mecánico. Una de las fases de la decisión judicial es la determinación de la *ratio* o fundamento de la solución y para establecerla el juez ha de tener en cuenta las circunstancias del caso⁸³.

Aunque no admita explícitamente esta situación, reconoce, sin embargo, que su teoría implica la concesión de un poder considerable para los jueces. Sobre todo, porque son ellos los que deciden en última instancia lo que significa la Constitución⁸⁴ y porque la determinación del Derecho concreto está en sus manos y eso provoca cierto grado de variabilidad en los argumentos según el problema que reclame solución⁸⁵. Sus últimas referencias a la lectura moral de la Constitución así lo muestran⁸⁶.

La verdad es que no es tan grave admitir que, en ciertos casos y en cierto grado, el juez crea Derecho. Encontramos testimonios en ese sentido de jueces contemporáneos de Dworkin que no parecen especialmente preocupados por ello⁸⁷. Tal vez porque son conscientes de lo

⁸² Vid. «Case Law in England and America», *The Cornell Law Quarterly*, XV (1930), pp.

⁸³ Cfr. ALLEN, C. K., *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press, 1964, pp. 290-291 y 293. Sobre la decisión en el *common law*, Allen escribe que el governing principle ha de ser extraído de fuentes diversas y que «every ratio is an interpretation of authorities in the light of the facts of the instant case». *Op. cit.*, p. 260. La cursiva es de Allen. Al tratar sobre la interpretación de las reglas, J. Gordley pone de manifiesto que una apreciación teleológica es fundamental y la comprensión de la finalidad de la norma sólo puede efectuarse adecuadamente teniendo en cuenta las circunstancias en las que se producirá el resultado. Cfr. «Legal Reasoning. An Introduction», *California Law Review*, 72 (1984), pp. 142-143.

⁸⁴ Cfr. *El dominio de la vida*, cit., pp. 163-164.

⁸⁵ D. A. J. Richards indica que, para Dworkin, los principios son «proteicos», y cambian de caso a caso. Cfr. *op. cit.*, pp. 1284-1285.

⁸⁶ Cfr. *Freedom's Law*, *op. cit.*, pp. 3 y 37, por ejemplo, donde afirma que las convicciones sobre la justicia que posee el juez influyen algo en la decisión. Algunos autores ya desde los primeros momentos han acusado a Dworkin de ofrecer una teoría que no garantiza en absoluto la certeza jurídica y deja abierto el camino a la legislación judicial. Cfr., por ejemplo, las opiniones de K. GREENAWALT y J. L. MACKIE en sus estudios respectivos, «Policy, Rights and Judicial Decision», p. 112, y «The Third Theory and Law», p. 169, ambos en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, *op. cit.*

⁸⁷ Vid., a título de ejemplo, TATE, A. Jr., «The "New" Judicial Solutions: Occasions for and Limits to Judicial Creativity», en *Tulane Law Review*, 54 (1980), pp. 885 ss. KAYE, J. S., «State Courts at the Dawn of a New Century: Common Law Courts Reading Statutes and Constitutions», *New York University Law Review*, 70 (1995), pp. 25-26. POLLOCK, S. G., «The Art of Judging», *New York University Law Review*, 71 (1996), pp. 600-604. De todas formas estos representantes de la judicatura admiten la creación pero dentro de limitaciones: el margen del juez nunca es tan amplio como el del legislador, porque hay un conjunto de principios, tradiciones, reglas etc., que forman un marco en el que debe moverse. W. Friedmann había sintetizado esta actitud declarando que la creación del Derecho no está sólo en manos del poder legislativo. Los jueces también tienen

inevitable del aspecto creador que a veces implica la concreción de una respuesta a partir de un criterio jurídico de carácter general y de las exigencias del asunto⁸⁸. Es posible que ese reconocimiento falte en la obra del autor al que están dedicadas estas páginas.

competencia creativa, aunque sólo caso por caso: no pueden establecer una nueva institución como hace el legislador. *Legal Philosophy and Judicial Lawmaking* en *Essays of Jurisprudence from the Columbia Law Review*, New York/London, Columbia University Press, 1964, pp. 109 y 119.

⁸⁸ Desde las posiciones de la hermenéutica jurídica europea, A. Kaufmann ha escrito que el lenguaje del Derecho «habla» de dos formas: «durch den Akt der Normsetzung und durch den Akt der Entscheidung. Beide Akt sind schöpferisch. (...) Gesetzeskraft und Rechtskraft sind notwendig aufeinander bezogen. Nicht dass die Rechtskraft stärker wäre als die Gesetzeskraft, wie Oskar Bülow meinte –es gibt keine Gesetzeskraft ohne Rechtskraft, wie es andererseits ohne Gesetzeskraft (ohne effektive Norm) auch keine Rechtskraft geben kann. Das ist kein Widerspruch zum Prinzip der Gewaltenteilung, vielmehr gerade seine wahre Bedeutung». «Die Geschichlichkeit des Rechts in Licht der Hermeneutik», en *op. cit.*, p. 50. F. Carpintero ha resaltado la importancia de las circunstancias y las demandas del problema o institución –que genéricamente podemos denominar «las cosas»– a la hora de determinar el Derecho. Cfr. *Derecho y Ontología jurídica*, Madrid, Actas, pp. 203 ss.